*Obras da Coleção**

coleção dirigida por

Virgílio Afonso da Silva
Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

Jean Paul C. Veiga da Rocha
Sociedade Brasileira
de Direito Público

1. Robert Alexy – *Teoria dos Direitos Fundamentais*
2. Wilson Steinmetz – *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*
3. Virgílio Afonso da Silva (org.) – *Interpretação Constitucional*
4. Virgílio Afonso da Silva – *A Constitucionalização do Direito*
5. Marco Aurélio Sampaio – *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasilerio*
6. Marcos Nobre e Ricardo Terra (orgs.) – *Direito e Democracia – Um Guia de Leitura de Habermas*
7. Virgílio Afonso da Silva – *Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*

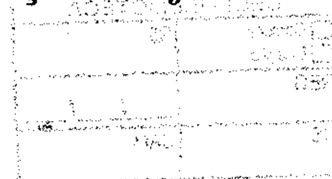
* *www.teoriaedireitopublico.com.br*

teoria & direito público

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

DIREITOS FUNDAMENTAIS

conteúdo essencial, restrições e eficácia



MALHEIROS
EDITORES

afasta, automaticamente, a figura do sopesamento, cuja realização tem como escopo justamente resolver colisões. Sem colisões não há sopesamento.[141]

4.3.1 Canotilho e os limites imanentes

Para evitar algumas confusões, é preciso esclarecer, por fim, o sentido que Canotilho dá ao conceito de *limite imanente*, visto que é diferente do sentido apresentados nos tópicos anteriores. Além disso, como Canotilho se refere, ao mesmo tempo, a limites imanentes, a colisões entre direitos e a restrições externas,[142] uma breve digressão é necessária, em vista do que foi afirmado no tópico anterior. Não se trata, nesse caso, de "mistura do imisturável". O ponto central no argumento de Canotilho é a utilização da expressão "limites imanentes" não como limites apriorísticos *revelados* pelo intérprete, mas como produto de sopesamento entre direitos colidentes. Nas palavras de Canotilho: "(...) os *chamados* 'limites imanentes' são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade e garantia".[143]

Nesse sentido – e como se verá –, aproxima-se sua posição da tese aqui defendida. Não me parece aconselhável, contudo, o uso da expressão "limites imanentes", como já ficou claro no tópico anterior. Em primeiro lugar porque a expressão já está marcada como conceito contraposto à idéia de restrição produzida por um sopesamento ou ponderação. Em segundo lugar porque não me parece acertado denominar *imanente* um limite que não apenas surge somente com o caso concreto, como também dele depende. O próprio Canotilho adverte – e aqui fica ainda mais claro o uso diverso que faz da expressão "limites imanentes" – que a restrição é *a posteriori*, ou seja, constitutiva,

141. Em sentido semelhante, cf. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 62.

142. Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.148.

143. Idem.

e não apenas declaratória.[144] Assim é que, usando o mesmo exemplo já mencionado várias vezes acima, afirma ele: "(...). O pintor que coloca o seu cavalete de pintura num cruzamento de trânsito particularmente intenso tem, *prima facie*, o direito de criação artística, mas, *a posteriori, a ponderação de outros bens*, a começar pela vida e integridade física do próprio pintor (...) levará a impedir que aquele direito se transforme, *naquelas circunstâncias*, num direito definitivo".[145]

Dessa forma, se houve intervenção externa (*a posteriori*) ao direito, houve *restrição*, e não a declaração de limites imanentes.

4.4 A regra da proporcionalidade

Em vários pontos do trabalho já se falou sobre *proporcionalidade*.[146] Nos próximos tópicos pretendo analisar sua estrutura, seus problemas e sua forma de aplicação. Ao longo da análise que se segue, as ligações da regra da proporcionalidade com um modelo de suporte fático amplo e a teoria externa, que em geral não são levadas em consideração nem pela doutrina, nem pela jurisprudência, ficarão cada vez mais claras. Antes, porém, é necessário que se esclareça o porquê de chamar a proporcionalidade, que quase sempre é denominada "princípio da proporcionalidade", de "*regra* da proporcionalidade".[147]

144. A utilização da expressão "limites imanentes" na obra de Canotilho parece ser o resquício de posições anteriormente defendidas pelo autor e que, com o tempo, foram modificadas. Assim, como Canotilho antes defendia a idéia dos limites imanentes na forma como descrita em tópicos anteriores e, com o passar do tempo, foi dela se afastando, parece que houve uma mudança de posição sem a correspondente mudança terminológica. Cf., para exemplo da posição anterior do autor: J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1983, p. 468: segundo ele, *limites imanentes* seriam os limites contidos nas próprias disposições constitucionais, garantidoras de direitos fundamentais. Nesse sentido, quando "o legislador ordinário reproduzir estes limites imanentes, ele não estará a criar novos limites, antes confirma, de forma *declarativa*, os limites preexistentes, contidos na Constituição". Essa é, no entanto, uma posição que ele rejeita, razão pela qual o emprego da expressão "limites imanentes" poderia também ser abandonado.

145. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.148 (sem grifos no original).

146. Cf., por exemplo, tópicos 2.3.3, 3.3.3.3, 4.2.2 e 4.2.2.1.

147. Sobre essa questão terminológica, cf., com mais detalhes, Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *RT* 798 (2002), pp. 23-50.

4.4.1 Questões terminológicas: "princípio", "máxima", "regra" ou "postulado"

Como se viu no Capítulo 2, o conceito de *princípio* que aqui se adota não tem relação com a importância da norma a que tal denominação se aplica. *Princípio*, nos termos deste trabalho, é uma norma que exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.[148] A proporcionalidade, como será visto nos próximos tópicos, não segue esse raciocínio. Ao contrário, tem ela a estrutura de uma regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo.[149]

Excluída a possibilidade de denominá-la "*princípio* da proporcionalidade" – pelo menos nos termos deste trabalho –, restam algumas alternativas propostas pela doutrina. A primeira delas seria a denominação "*máxima* da proporcionalidade", que seria a tradução direta do termo alemão. O problema dessa denominação reside no fato de que, na linguagem jurídica brasileira, "máxima" não é um termo utilizado com freqüência e, mais que isso, pode às vezes dar a impressão de se tratar não de um *dever*, como é o caso da aplicação da proporcionalidade, mas de uma mera *recomendação*.

Por fim, Humberto Ávila sugere que a proporcionalidade seja considerada como aquilo que ele denomina de "postulado normativo aplicativo".[150] Em linhas gerais, um postulado normativo aplicativo seria, segundo Ávila, uma norma que estabelece a estrutura de aplicação de outras normas, ou seja, uma metanorma.[151]

Embora a proporcionalidade não seja, de fato, uma regra de conduta, mas uma regra acerca da aplicação de outras regras, não me parece que recorrer a uma idéia como "postulado normativo aplicativo" tenha alguma razão de ser. Ávila alerta que chamar a proporcionalidade de regra – como propus em outro trabalho[152] – mais complicaria que esclareceria.[153] Um indício disso seria o fato de que até mesmo os adeptos da teoria dos princípios, na linha proposta por Alexy, reconhecem que a proporcionalidade seria um tipo especial de regra, e não uma regra comum.[154] Embora o que Borowski e Sieckmann chamam de "regra de tipo especial" seja o conceito de mandamento de otimização, e não a proporcionalidade, não há dúvidas de que a proporcionalidade não é uma regra de conduta, nem uma regra de atribuição de competências.[155] Ocorre que há diversas outras regras que também não se enquadram nessas categorias, não apenas a proporcionalidade ou a razoabilidade. Para ficar apenas em um exemplo, as três regras de resolução de antinomias – lei posterior derroga lei anterior, lei superior derroga lei inferior e lei especial derroga (parcialmente) lei geral – também são regras sobre aplicações de outras regras.

148. Cf., por todos, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 75 [tradução brasileira: p. 90].
149. Cf. Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", p. 26, e Humberto Ávila, "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", *RDA* 215 (1999), p. 169.
150. Cf. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 88.
151. Idem, p. 122.

Não me parece ser o caso de tentar demonstrar se há um certo e um errado nesse âmbito. Para aqueles que pensam que não chamar uma regra de "regra" apenas porque ela não é uma regra de conduta ou de competência pode facilitar a compreensão das coisas, o recurso a outras denominações, como a de "postulado normativo aplicativo", pode ser uma saída. Desde que se tenha em mente, claro, que *também esses postulados têm a estrutura de regra.*

No presente trabalho, contudo, por achar que a denominação "postulado normativo aplicativo" não contribui para um incremento de clareza conceitual, dou preferência a chamar a regra da proporcionalidade de "regra", também tendo em mente de que se trata de uma regra especial, ou uma regra de segundo nível ou, por fim, de uma meta-regra.

4.4.2 Adequação

Quando uma medida estatal implica intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, necessariamente essa medida deve ter como objetivo um fim constitucionalmente legítimo, que, em geral,

152. Cf. Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", p. 26.
153. Cf. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 135.
154. Idem, p. 136, referindo-se a Martin Borowski e Jan-R. Sieckmann.
155. Essas seriam, segundo Hart, as duas espécies de regras jurídicas (*The Concept of Law*, Oxford: Clarendon, 1961, pp. 77 e ss.).

é a realização de outro direito fundamental. Aplicar a regra da proporcionalidade, nesses casos, significa iniciar com uma primeira indagação: A medida adotada é adequada para *fomentar a realização* do objetivo perseguido?. Há autores que defendem indagação mais exigente, no sentido de se analisar se a medida é adequada não apenas para fomentar, mas para realizar por completo o objetivo perseguido.[156]

A exigência de realização completa do fim perseguido é contraproducente, já que dificilmente é possível saber com certeza, de antemão, se uma medida realizará, de fato, o objetivo a que se propõe. Muitas vezes o legislador é obrigado a agir em situações de incertezas empíricas, é obrigado a fazer previsões que não sabe se serão realizadas ou, por fim, esbarra nos limites da cognição. Nesses casos, qualquer exigência de plena realização de algo seria uma exigência impossível de ser cumprida. Por isso a preferência pela primeira alternativa, que, de resto, é também aquela apoiada pela maioria da doutrina.[157]

4.4.3 Necessidade[158]

Quando se fala em "necessidade" ou em "exigibilidade", nos termos da regra da proporcionalidade, não se quer fazer menção a

156. Cf. Gilmar Ferreira Mendes, "O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras", *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo* 14 (2000), p. 371.

157. Cf., por exemplo: Willis Santiago Guerra Filho, *Teoria processual da Constituição*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, pp. 84 e 85; Luís Roberto Barroso, "Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no direito constitucional", *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 23 (1998), p. 71; Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade*, p. 78; Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 150; Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Schwartz, 1981, pp. 50 e ss.; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 116; Eberhard Grabitz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *AöR* 98 (1973), p. 572; Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, § 283, p. 66. Sobre as implicações dessa variação no conceito de *adequação*, cf., por todos, Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 730 e ss.

158. Boa parte dos desenvolvimentos deste tópico e de seus sub-tópicos é produto de reflexões impostas pelos questionamentos incessantes de meus alunos na Faculdade de Direito da USP quando de nossos debates sobre proporcionalidade. A eles agradeço, aqui, mais uma vez.

uma *situação de necessidade*, de urgência ou de que "algo precisa *necessariamente* ser feito". Isso por duas razões. Em primeiro lugar porque a adoção da medida – mesmo que eventualmente necessária nos termos da proporcionalidade – pode ser uma questão de oportunidade e conveniência política. Não há, nesse sentido, relação alguma entre necessidade ou exigibilidade e *imposição* da conduta. Em segundo lugar porque o exame da necessidade de uma medida, nos termos da regra da proporcionalidade, é um teste *comparativo*. Isso significa que um ato estatal é necessário quando comparado a outras alternativas que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade. Assim, um ato estatal que limita direito fundamental "é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido".[159]

Nesse sentido, vamos supor que o Estado lance mão da medida M_1, que limita o direito fundamental D mas promove o objetivo O.[160] Se houver uma medida M_2 que, tanto quanto M_1, seja adequada para promover *com igual eficiência* o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então, a medida M_1, utilizada pelo Estado, não é necessária.[161] Fica clara, assim, a diferença entre o exame da necessidade e o da adequação: enquanto o teste da adequação é absoluto e linear, ou seja, refere-se pura e simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo, o exame da necessidade tem um componente adicional, que é a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim. O exame da necessidade é, assim, um exame imprescindivelmente comparativo.

Nessa comparação, como se percebe, duas são as variáveis a serem consideradas: (1) a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto; e (2) o grau de restrição ao direito fundamental atingido. É claro que, tratando-se de duas variáveis, é necessário que se decida qual é a mais importante. Em geral fala-se na necessidade co-

159. Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", p. 38. Cf. também Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 72.

160. O objetivo *O* é, necessariamente, um objetivo baseado em outro direito fundamental ou em um interesse coletivo.

161. Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", p. 38.

mo a busca do "meio menos gravoso",[162] o que pode dar a entender que se deva dar *sempre* preferência à medida que restrinja menos direitos. Mas isso somente é assim caso ambas as medidas sejam igualmente eficientes na realização do objetivo. Nesse casos – *e somente nesse caso* – deve-se dar preferência à medida menos gravosa. Mas há outras configurações possíveis, que são as seguintes (M_1 é sempre a medida estatal adotada, e M_2 é uma medida alternativa):

	Medida mais eficiente em relação ao objetivo O	*Medida menos gravosa em relação ao direito D*
(1)	M_1	M_1
(2)	M_1	M_2
(3)	M_2	M_1
(4)	M_2	M_2

Nos casos (1) e (4) a resposta ao exame da necessidade é simples. Em (1) a medida adotada era necessária, porque não só era mais eficiente para realizar o objetivo proposto como, também, restringia menos o direito fundamental em jogo. No caso (4) é exatamente o contrário: a alternativa M_2 é mais eficiente e menos gravosa;logo, M_1 não era necessária. Mas qual é a resposta para os casos (2) e (3)? Neles a medida mais eficiente é também sempre a mais gravosa, e a medida menos gravosa é, por conseguinte, menos eficiente. Ainda que a intuição – sobretudo a daqueles preocupados com a proteção dos direitos fundamentais – tendesse a dar preferência, nesses dois casos, à medida que restrinja menos o direito fundamental, a resposta é justamente o contrário: decisiva, no exame da necessidade, é a eficiência da medida. Isso por várias razões.

Em primeiro lugar porque, se a preferência tivesse que recair na medida menos gravosa, ainda que quase nada eficiente, a resposta a todos os exames de necessidade já teria sido dada de antemão: é sempre melhor que o Estado seja omisso, pois, embora a omissão seja ineficiente para realizar objetivos que necessitem de uma ação estatal, ela será também, em geral, menos gravosa. Em segundo lugar porque a escolha pela medida mais eficiente – no caso da linha (2) da tabela – não significa desproteção ao direito restringido em favor de uma eficiência a todo custo. Essa proteção é apenas deslocada para o terceiro exame da proporcionalidade, como será visto em tópico mais abaixo.[163] Antes, porém, é necessário, ainda, analisar outros pontos problemáticos do exame da necessidade, o primeiro deles ligado à linha (3) da tabela.

162. Cf., por exemplo, Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans le jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Aix-en-Marseille: Economica, 1990, p. 44.

4.4.3.1 *Necessidade e grau de eficiência*

Da mesma forma que a preferência sempre pela medida menos gravosa poderia levar a um fomento da omissão estatal, é possível questionar se uma preferência sempre pela medida mais eficiente não teria como conseqüência: (1) a inutilidade de se questionar o grau de restrição ao direito; e (2) o risco de toda medida ser reprovada no teste da necessidade, já que sempre será possível imaginar medidas mais eficientes que a adotada, não importa o quanto ela restrinja direitos. Essas perguntas estão ligadas à linha (3) da tabela exposta no tópico anterior.

A resposta às duas questões acima pode ser encontrada na própria definição de *necessidade* exposta anteriormente (M_1 é a medida estatal adotada): "se houver uma medida M_2 que, tanto quanto M_1, seja adequada para promover *com igual eficiência* o objetivo *O*, mas limite o direito fundamental *D* em menor intensidade, então, a medida M_1, utilizada pelo Estado, não é necessária". Como se percebe – e isso é fundamental –, o que se compara é M_1 com outras alternativas (M_2, M_3 ... M_n), e não todas as medidas possíveis e imagináveis, entre si. Um dos lados da comparação é fixo, e ocupado por M_1. Assim, com relação à questão (1), o grau de restrição ao direito não é um critério inútil, porque, sempre que houver medidas tão eficientes quanto M_1, esse será o critério decisivo. Além disso, no teste da necessidade não se deve perguntar se há medidas mais eficientes que a medida estatal adotada,

163. Cf. tópico 4.4.4.

mas apenas se há medidas *tão eficientes quanto*, mas que restrinjam menos o direito afetado. É por isso que na linha (3) da tabela exposta no tópico anterior, ainda que M_2 seja mais eficiente que M_1, M_1 não será considerada desnecessária. Com isso, poder-se-ia complementar a tabela anterior nos seguintes termos:

	Medida mais eficiente em relação ao objetivo O	*Medida menos gravosa em relação ao direito D*	*A medida adotada (M_1) é necessária?*
(1)	M_1	M_1	*sim*
(2)	M_1	M_2	*sim*
(3)	M_2	M_1	*sim*
(4)	M_2	M_2	*não*
(5)	$M_1 = M_2$	M_1	*sim*
(6)	$M_1 = M_2$	M_2	*não*

4.4.4 Proporcionalidade em sentido estrito

É possível sustentar que uma medida estatal que restrinja direito fundamental seja constitucionalmente justificável se, além de adequada para fomentar o objetivo que persegue, não houver medida alternativa que seja tão eficiente quanto e que restrinja menos o direito atingido. Como será visto em tópico a seguir, há autores que defendem essa posição.[164] Em geral, no entanto, costuma-se apontar a necessidade de um exame final: a proporcionalidade em sentido estrito.[165] A razão de ser desse último teste é facilmente explicável: se fossem suficientes apenas os dois primeiros exames – adequação e necessidade –, uma medida que fomentasse um direito fundamental com grande eficiência mas que restringisse outros vários direitos de forma muito intensa teria que ser considerada proporcional e, portanto, constitucional. Isso porque, além de adequada, a medida é necessária.

164. Cf. tópico 4.4.4.1.

165. Nesse sentido, por exemplo: cf. *Colisão de direitos fundamentais*, pp. 152 e ss.; Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade*, pp. 82 e ss.; Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 22ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 397-398.

Vamos supor o seguinte exemplo: com o intuito de realizar o direito à privacidade, o legislador aprova um projeto de lei, que é depois sancionado e promulgado, no qual se proíbem: (1) qualquer forma de jornalismo investigativo; (2) qualquer divulgação de dados constantes em qualquer processo, em qualquer nível; (3) a publicação de qualquer foto, de qualquer pessoa, a não ser com autorização expressa do fotografado; (4) a quebra do sigilo bancário, em toda e qualquer situação. Esse é um conjunto de medidas que, sem dúvida, é adequado a fomentar o fim que se persegue – a garantia da privacidade. Seria difícil, além disso, imaginar um conjunto de medidas que seja assim eficaz para a realização desse objetivo e que, ao mesmo tempo, restrinja menos os direitos fundamentais envolvidos (entre outros, a liberdade de imprensa e a publicidade dos atos processuais).

A última etapa da proporcionalidade, que consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos, tem como função principal justamente evitar esse tipo exagero, ou seja, evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar. É claro que não é tarefa simples decidir, na maioria dos casos importantes, se o grau de realização de um direito D_1 justifica o grau de restrição a um direito D_2 (ou direitos D_2, D_3, D_4, ... D_n). Para essa questão valem as considerações já feitas acerca da racionalidade do sopesamento e do processo de aplicação do direito em geral.[166]

Além disso, mais recentemente Alexy vem propondo a utilização de elementos numéricos para uma maior controlabilidade da argumentação nos casos de sopesamento.[167] Um exemplo simples de uso de elementos numéricos seria um modelo baseado na diferença do grau de intensidade na realização de um princípio e o grau de intensidade da restrição em outro princípio. Usando como variáveis os princípios P*i* e P*j*, e para os graus de intensidade da realização e da restrição as variáveis I_i e I*j*, teríamos a seguinte fórmula: G*i,j* = I*i* - I*j*.[168]

166. Cf. tópico 4.2.2.2.3.

167. Cf. sobretudo Robert Alexy, "Die Gewichtsformel", in Joachim Jickeli *et al.* (orgs.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin: De Gruyter, 2003, pp. 771-792; em português, cf. Robert Alexy, "Posfácio", in Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 575-627.

168. G*i,j* significa o "peso" concreto do princípio P*i* em relação ao princípio P*j*. Cf. Robert Alexy, "Die Gewichtsformel", p. 784.

As variáveis I*i* e I*j* podem ser substituídas, por exemplo, pelos números 1, 2 e 3, conforme se trate de intensidade baixa, média ou alta. A partir daí, se o resultado da operação for positivo, o princípio P*i* prevalece sobre o princípio P*j*. Em caso de resultado negativo a conclusão é oposta. Essa é uma fórmula simples e, segundo Alexy, não dá conta de todas as possibilidades do sopesamento. Ele propõe, por isso, algumas outras fórmulas que levam em consideração outras variáveis (como, por exemplo, o peso abstrato dos princípios, entre outras).[169] Não me parece necessário desenvolver o tema, aqui. Até porque, conforme já defendi em outra ocasião, "não é possível pretender alcançar, com o procedimento de sopesamento, uma exatidão matemática, nem substituir a argumentação jurídica por modelos matemáticos e geométricos. Esses modelos podem, quando muito, servir de ilustração, pois a decisão jurídica não é nem uma operação matemática, nem puro cálculo".[170] Mais importante que buscar fórmulas matemáticas é a busca de regras de argumentação, critérios de valoração ou a fundamentação de precedências condicionadas.[171]

169. Cf. Robert Alexy, "Die Gewichtsformel", p. 784; e, do mesmo autor, "Posfácio", in Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 602 e ss.

170. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 102. Nesse sentido, cf. também: Daniel Sarmento, "Os princípios constitucionais e ponderação de bens", in Ricardo Lobo Torres (org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 56-57; Nils Jansen, "Die Abwägung von Grundrechten", *Der Staat* 36 (1997), p. 53; Kent Greenawalt, *Law and Objectivity*, New York: Oxford University Press, 1992, p. 204; Jan-Reinard Sieckmann, "Richtigkeit und Objektivität im Prinzipienmodell", *ARSP* 83 (1997), p. 29; Karl Larenz, "Methodische Aspekte der 'Güterabwägung'", in Fritz Hauss/Reimer Schmidt (orgs.), *Festschrift für Ernst Klingmüller*, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, 1974, pp. 247-248; Gerhard Struck, "Interessenabwägung als Methode", in Roland Dubischar *et al.* (orgs.), *Dogmatik und Methode: Josef Esser zum 65. Geburtstag*, Kronberg/Ts.: Scriptor, 1975, pp. 172 e ss.; e Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts", in *Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 85.

171. Para uma análise de critérios que confiram maior racionalidade no processo de sopesamento, cf. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Para um bom exemplo de fixação de precedências condicionadas, cf. Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, pp. 214 e ss. Cf. também a já mencionada lei de colisão (cf. tópico 2.2.3.2, nota 30) e seus complementos (cf. tópico 4.2.2.2.3).

4.4.4.1 *Proporcionalidade em sentido estrito e subjetividade*

Há autores que defendem que a aplicação da regra da proporcionalidade deva se limitar aos dois primeiros exames – adequação e necessidade. Isso porque esses seriam os exames para os quais há critérios objetivos, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito (= sopesamento) seria simplesmente a substituição da subjetividade do legislador pela subjetividade do juiz.[172] Não é o caso, aqui, de rediscutir a possibilidade de objetividade no sopesamento, o que já foi feito anteriormente.[173] Mais importante talvez seja demonstrar que o grau de objetividade nos exames da adequação e, sobretudo, da necessidade não diferem muito daquele criticado – sobretudo por Bernhard Schlink e, no Brasil, por Leonardo Martins – no exame da proporcionalidade em sentido estrito.[174]

Como se viu anteriormente, o exame da necessidade implica uma comparação entre a medida estatal adotada para fomentar determinado objetivo *O* com medidas alternativas. Se houver medidas alternativas que restrinjam menos direitos fundamentais, a medida adotada não pode ser considerada necessária. O modelo mais simples para essa análise envolve as seguintes variáveis: M_1 (medida adotada), M_2 (medida alternativa), *O* (objetivo) e *D* (direito fundamental restringido para a realização de *O*). Mesmo em um modelo simples como esse, não há, por razões óbvias, critérios matemáticos que respondam a questões como: "Que medida realiza melhor o objetivo?"; ou: "Que medida restringe menos o direito afetado?". Perguntas como essas envolvem, necessariamente, uma valoração subjetiva por parte do juiz. Em situações concretas mais complexas o cenário fica ainda mais difícil de ser dominado. É possível que uma medida M_1 seja mais

172. Cf., por exemplo, Bernhard Schlink, "Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion", *EuGRZ* 11 (1984), p. 461; e, do mesmo autor, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 79. Schlink reafirma sua posição em trabalho um pouco mais recente: "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", in Peter Badura/Horst Dreier (orgs.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. II, Tübingen: Mohr, 2001, pp. 458 e ss. No Brasil, em sentido semelhante, cf. Leonardo Martins, "Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade", *Cadernos de Direito Unimep* 3 (2003), pp. 36 e ss.

173. Cf. tópico 4.2.2.2.3.

174. Para outras referências, cf. notas de rodapé 89, 90 e 92, acima.

eficiente na realização de um objetivo O, restrinja o direito D_1 com muita intensidade e o direito D_2 de forma não tão intensa; já a medida M_2 é um pouco menos eficiente na realização de O, mas não restringe o direito D_1, restringe com muita intensidade o direito D_2 e, ainda, restringe um pouco o direito D_3; por fim, uma outra medida alternativa M_3 tem grau de eficiência intermediário entre M_1 e M_2 na realização de O, restringe com média intensidade o direito D_1, não restringe o direito D_2 e restringe com muita intensidade o direito D_3. Saber, em uma situação hipotética como essa – que, de resto, não parece difícil de ser encontrada em exemplos reais –, qual seria a medida necessária não é algo que possa ser mensurado de forma exata. Nesse sentido – e isso é o mais importante neste ponto –, há casos em que o exame da necessidade pode ser *muito mais complexo e exigir mais valorações do juiz que o exame da proporcionalidade em sentido estrito*. O ganho em objetividade não se encontra – como já se tentou deixar claro anteriormente[175] – na renúncia ao sopesamento, mas na busca de padrões de diálogo intersubjetivo que permitam um controle social da atividade jurisdicional. Isso vale não apenas para o sopesamento, mas também para os exames da adequação e da necessidade e também para a "simples" subsunção.

4.4.5 Regra da proporcionalidade e sopesamento

Em algumas passagens deste capítulo já se mencionou que em alguns casos se deve recorrer ao sopesamento; em outros, à regra da proporcionalidade.[176] Essa é uma distinção importante, e que muitas vezes é ignorada. Freqüentemente, em casos que deveriam ser resolvidos, quando muito, por meio de sopesamento recorre-se à aplicação da regra da proporcionalidade.

Neste ponto é necessário recorrer àquilo que foi explicitado nos tópicos 4.2.2.1.1 e 4.2.2.1.2. Há casos – e esses são a maioria – em que a restrição a um direito fundamental é veiculada por meio de regra presente em um texto normativo infraconstitucional. Esse tipo de restrição – que foi objeto, por exemplo, da análise de caso acerca da ADI/MC 2.566[177] – ocorre sempre que o legislador, em determinada

175. Cf. tópico 4.2.2.2.3.
176. Cf., por exemplo, as notas de rodapé 65 e 73, neste capítulo.
177. Cf. tópico 3.3.3.1, acima.

situação, se vê obrigado a fazer um sopesamento entre dois ou mais princípios, cujo resultado, então, é expresso pela regra infraconstitucional. Essa é uma tarefa central da legislação ordinária. Esse resultado do sopesamento do legislador – que pode ser, por exemplo, um dispositivo de direito civil, de direito penal, de direito tributário ou de direito do trabalho – pode, em um sistema em que há jurisdição constitucional, como é o caso do Brasil, ser questionado judicialmente. Nesse processo de controle da constitucionalidade da lei, se houver uma restrição a direito fundamental, deve-se recorrer à regra da proporcionalidade, nos moldes analisados anteriormente: ou seja, deve-se indagar se a regra infraconstitucional que restringe um direito fundamental é adequada para fomentar seus objetivos (fomentar a realização de um outro direito fundamental, por exemplo), se não há medida alternativa tão eficiente quanto, mas menos restritiva, e, por fim, se há um equilíbrio entre a restrição de um direito e a realização do outro.

Como visto anteriormente,[178] no entanto, há casos em que não há qualquer regra infraconstitucional que discipline a colisão entre dois princípios. Ou seja, pode ser que dada situação de colisão ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador. Nesses casos, isto é, nos casos em que deve haver uma aplicação direta dos princípios constitucionais ao caso concreto – e esses casos são muito mais raros –, deve – aí, sim – haver apenas um sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis na resolução do caso concreto. A razão é muito simples: se a aplicação da regra da proporcionalidade implica três questões – (a) A medida é adequada para fomentar o objetivo fixado? (b) A medida é necessária? E (c) a medida é proporcional em sentido estrito? –, é mais que óbvio que *deve haver uma medida concreta que será testada*. Isso é o que deveria ter ocorrido, por exemplo, no caso da ADI/MC 2.566: nas três perguntas acima, bastaria substituir "medida" por "vedação de proselitismo nas emissões de radiodifusão comunitária". Mas, nos casos em que se deve aplicar princípios diretamente ao caso concreto, *falta essa variável de referência*. Se não há medida adotada, não há possibilidade alguma de se adotar a regra da proporcionalidade.[179]

178. Cf. tópico 4.2.2.1.2.
179. A não ser, é claro, que se queira controlar omissões legislativas com a aplicação da proporcionalidade. Essa é, no entanto, uma possibilidade problemática, cuja análise extrapolaria os limites deste trabalho. Além disso, meu aluno – e depois moni-

4.4.6 Proporcionalidade, limites imanentes, restrições e regulamentações

Neste ponto do trabalho é necessário retomar duas questões que já foram anteriormente debatidas, para relacioná-las à regra da proporcionalidade: os *limites imanentes* e a idéia de *regulamentação* de direitos fundamentais.

O recurso aos limites imanentes serve, como foi visto anteriormente, como uma forma de autolimitação dos direitos fundamentais. Ele pode ser utilizado seja como uma forma de realização dos postulados da teoria interna, seja como uma forma de, no âmbito da teoria externa, restringir de antemão o suporte fático dos direitos fundamentais. Em ambos os casos há uma diminuição no âmbito de proteção desses direitos: menos condutas e menos posições jurídicas são consideradas como protegidas, ainda que *prima facie*, pelos direitos fundamentais. Essa redução de proteção, no entanto, não é acompanhada de uma exigência de fundamentação, visto que feita de antemão. A partir dessa premissa, não seria necessário fundamentar a vedação ou a restrição daquilo que nem ao menos entra no âmbito de proteção de um direito fundamental. *A aplicação da proporcionalidade, nesses casos, é excluída também de antemão.*

No caso do recurso à dicotomia restrição/regulamentação, já rejeitada anteriormente,[180] muitos daqueles que recorrem a ela o fazem para sustentar que "meras regulamentações" não constituem intervenções no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Aqui, o que se restringe não é o âmbito de proteção, mas o conceito de intervenção. Encaradas dessa forma, as eventuais regulamentações no exercício (forma, local, horário etc.) dos direitos fundamentais, por não serem consideradas como intervenção, deixam de exigir a fundamentação constitucional que qualquer intervenção exige. Nesse sentido, *dispositivos legais meramente regulamentadores de direitos fundamentais também estariam isentos da aplicação da regra da proporcionalidade.*[181]

tor – Thomaz Henrique Pereira argumenta que seria possível também imaginar que pelo menos nas ações decididas em sede de recurso haveria sempre uma medida estatal a ser controlada por meio da aplicação da regra da proporcionalidade. Essa medida seria a decisão recorrida. Essa não me parece ser uma opção possível, já que o que se controla, nesses casos, não é a "ação" do juiz como uma "ação restritiva de um direito fundamental", mas, sim, a *correção da interpretação e da aplicação do direito* que o juiz realizou na sentença recorrida. Fica aqui, no entanto, o agradecimento por ter me chamado a atenção para esse possível argumento.

180. Cf. tópico 3.3.2.1.3.

Nos dois casos – limites imanentes e "mera" regulamentação –, ambos ligados a teorias que defendem um suporte fático restrito, percebe-se, sem grandes dificuldades, uma diminuição na capacidade protetora dos direitos fundamentais, devido à exclusão total e de antemão de um mecanismo controlador de intervenções estatais no âmbito de proteção dos direitos: a *regra da proporcionalidade*.

4.4.7 Proporcionalidade e conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Como foi visto no capítulo anterior, quando se parte de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais há, automaticamente, um aumento na colisão entre direitos fundamentais, pois, ao aumentar a quantidade de condutas, situações e posições jurídicas protegidas por direitos fundamentais, há, inevitavelmente, uma maior quantidade de choques no exercício desses direitos. Além disso, a ampliação do conceito de intervenção estatal, em conjunto com a adoção de uma teoria externa, tende a ampliar o número de ações estatais que são consideradas como restrição a direitos fundamentais. Por fim, sedimentou-se a idéia de que tais restrições, para que possam ser consideradas *restrições constitucionalmente fundamentadas*, e não *violações* a direitos, têm que passar no exame da proporcionalidade. De que forma o modelo desenvolvido até aqui – que pressupõe, portanto, que *restrição* não é sinônimo de *violação* a direitos fundamentais – se relaciona com a idéia de que tais direitos devam ter um conteúdo mínimo essencial inviolável? Para introduzir a resposta a essa pergunta, que será desenvolvida no próximo capítulo, retomo a primeira citação deste trabalho, extraída do voto do Min. Celso de Mello no "caso Ellwanger" (HC 82.424): "Entendo que a superação dos antagonismos existentes *entre princípios constitucionais* há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam *ponderar* e avaliar, *hic et*

181. Para uma defesa nesse sentido – ou seja, pela exclusão da análise da proporcionalidade em casos de simples regulamentação –, cf. Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, pp. 107 e ss. e 140 e ss.

nunc, em função de *determinado contexto* e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser *o direito a preponderar no caso*, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da *ponderação* de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina".[182]

Como se percebe com clareza, o Min. Celso de Mello faz menção a um método (ponderação) de resolução de colisões entre direitos fundamentais (princípios) que deva levar em consideração o contexto concreto para se decidir qual o direito que deverá prevalecer. Seria possível acrescentar que em determinados casos será exigível não apenas a ponderação ou sopesamento, mas também a aplicação da regra da proporcionalidade, como foi visto no tópico anterior. Todos esses elementos – e outros mais – foram analisados nos capítulos anteriores. Ficou claro, nessa longa análise, que o problema é mais complexo do que a intuição pode querer fazer crer. Os elementos envolvidos podem ser conjugados de formas tão díspares, que seria possível reescrever a passagem transcrita de diversas formas. Da forma como escrita, faz-se necessário indagar o que significa "conteúdo essencial dos direitos envolvidos" e, sobretudo, o que significa "esvaziamento" desse conteúdo. Em outras palavras: que tipo de restrição atinge e que tipo não atinge esse conteúdo essencial? Ou, mais importante: é possível que uma restrição, a partir de todos os elementos analisados neste trabalho, *passe no teste da proporcionalidade e mesmo assim seja considerada inconstitucional, por esvaziar o conteúdo essencial de um direito fundamental*? À resposta a essas indagações é dedicado o próximo capítulo

182. *RTJ* 188, 858 (912) (sem grifos no original).

Capítulo 5

O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: TEORIAS E POSSIBILIDADES

5.1 Introdução

Como já foi explicitado anteriormente,[1] neste trabalho não se pretende simplesmente fazer uma análise de teorias sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais com o objetivo de, no final, optar por uma delas. Essa estratégia foi considerada como um enfoque empobrecedor. A partir dessa premissa, ficou esclarecido que essa parte do objeto deste trabalho – *o conteúdo essencial dos direitos fundamentais* – deve ser encarada como um fenômeno complexo, que envolve uma série de problemas inter-relacionados. Esses problemas – que são, na sua complexidade, o objeto do trabalho – já foram analisados até aqui e são, sobretudo, aqueles ligados: (a) à análise daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; (b) à relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; e (c) a como fundamentar tanto o que é protegido como as suas restrições. O que se disse anterior-

1. Cf. tópico 1.1.3.3.

mente pode e deve ser retomado aqui: é da relação dessas variáveis – e de todos os problemas que as cercam – que se define, na visão deste trabalho, *o conteúdo essencial dos direitos fundamentais*.

Seria possível imaginar que este capítulo – cujo título envolve parcialmente o próprio subtítulo do trabalho – deveria ser um capítulo central do trabalho . Mas não é necessariamente assim. Ele é, na verdade, uma decorrência natural da análise realizada até aqui e tem, ao mesmo tempo, uma dimensão sistematizadora e uma dimensão desmistificadora.

A primeira dimensão consiste na sistematização de toda a análise desenvolvida até aqui com vistas a localizá-la nas principais teorias que dominam o debate sobre o chamado "conteúdo essencial dos direitos fundamentais", já inicialmente expostas no Capítulo 1 deste trabalho.[2] A segunda dimensão – chamada, aqui, de forma provocativa, de *desmistificadora* – pretende demonstrar, em primeiro lugar, que o conceito de *conteúdo essencial dos direitos fundamentais* não pode ser utilizado como um mero lugar-comum, um *topos* argumentativo que apele para a simples intuição do aplicador do direito. Além disso, pretende demonstrar também que o simples recurso a teorias absolutas ou relativas não é algo que independa da compreensão global da função dos direitos fundamentais, de suas estruturas analíticas mais elementares e, sobretudo, da definição do que é por eles protegido ou exigido e dos critérios com base nos quais restrições são possíveis. Com isso quer-se dizer, basicamente, que adotar pressupostos teóricos – como a distinção entre *regras* e *princípios*, na forma como desenvolvida pela chamada teoria dos princípios – não é algo que dependa simplesmente de opção por uma "teoria interessante". E, mais do que isso, não é algo que "combina" com qualquer outra teoria ou premissa teórica. Como se viu até aqui, a chamada *teoria dos princípios* não é apenas uma distinção entre duas espécies de normas. Isso é apenas sua expressão mais aparente. Essa distinção tem, ao mesmo tempo, pré-requisitos – como a adoção de uma teoria externa e de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais – e conseqüências teóricas e práticas – como a aceitação da proporcionalidade e, como vai se ver neste capítulo, de uma concepção relativa na definição do conteúdo

2. Cf. tópico 1.1.3.

essencial dos direitos fundamentais. Com isso ficará claro que "o escolher uma teoria", aqui, não é exatamente uma questão de gosto, mas uma questão de coerência argumentativa. Determinados pontos de partida levam, inevitavelmente, a determinados pontos de chegada.[3]

5.2 Ponto de partida: possíveis dimensões do problema

A definição de um conteúdo essencial para os direitos fundamentais pode ser abordada, inicialmente, a partir de dois enfoques distintos: o objetivo e o subjetivo. No primeiro caso trata-se de uma análise acerca do direito fundamental como um todo, a partir de sua dimensão como direito objetivo; no segundo o que importa é investigar se há um direito subjetivo dos indivíduos a uma proteção ao conteúdo essencial de seus direitos fundamentais.

5.2.1 Dimensão objetiva

A partir de uma dimensão estritamente objetiva, o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser definido com base no significado desse direito para a vida social como um todo.[4] Isso significaria dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles.[5]

3. É claro que um "desvio no meio do caminho" não é sempre impossível, nem sempre manifestação de um "sincretismo metodológico", mas implica enorme ônus argumentativo, que não pode ser ignorado.

4. Cf., nesse sentido, Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19ª ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1993, § 334, p. 141.

5. Cf. Friedrich Klein, "Art. 19", in Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, 2ª ed., Berlin: Vahlen, 1957, V2; Roman Herzog, "Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers", in Walther Fürst *et al.* (orgs.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, vol. 2, Berlin: De Gruyter, 1987, pp. 1.415 e ss.; Michael Brenner, "Möglichkeiten und Grenzen grundrechtsbezogener Verfassungsänderungen", *Der Staat* 32 (1993), pp. 504 e ss.; e Hartmut Jäckel, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1967, pp. 111 e ss. Segundo Jäckel a proteção a situações meramente individuais não deve autorizar o recurso à proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Embora esse enfoque faça sentido, é fácil perceber que ele não oferece praticamente proteção alguma além daquelas que já decorrem automaticamente da idéia de cláusulas pétreas.[6] Para casos individuais ou mesmo para casos gerais em que a restrição não põe em risco o direito fundamental em seu sentido "para o todo social", mas pode implicar total eliminação em situações concretas, o enfoque objetivo não oferece proteção alguma. Por isso, deve ser complementado por um enfoque subjetivo.

5.2.2 *Dimensão subjetiva*

Se se pretende, com o recurso à garantia de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, proteger tais direitos contra uma restrição excessiva[7] e se os direitos fundamentais, ao menos em sua função de defesa, têm como função proteger sobretudo condutas e posições jurídicas individuais,[8] não faria sentido que a proteção se desse apenas no plano objetivo. Isso porque é perfeitamente possível – e provável – que uma restrição, ou até mesmo uma eliminação, da proteção de um direito fundamental em um caso concreto individual não afete sua dimensão objetiva, mas poderia significar uma violação ao conteúdo essencial daquele direito naquele caso concreto.

Contra esse enfoque subjetivo seria possível argumentar que em vários casos concretos é possível que nada reste de um direito fundamental, sem que isso deva ser considerado como algo a ser rechaçado. Exemplos não faltam: pena de morte (no Brasil, em caso de guerra declarada) elimina por completo o direito à vida daquele que é condenado; qualquer pena de reclusão elimina por completo a liberdade de ir e vir do condenado (mesmo que com determinada limitação temporal); a desapropriação elimina por completo o direito à propriedade daqueles que têm seus imóveis desapropriados. Com base nisso, aqueles que defendem um enfoque meramente objetivo argumentam que o enfoque subjetivo não teria como lidar com tais situações, enquanto a resposta a partir de uma dimensão objetiva seria clara: em nenhum desses casos o conteúdo essencial desses direitos, *em sua função para toda a vida social*, foi atingido.

6. Cf., sobre isso, tópico 1.1.1.

7. O conceito de *restrição excessiva* no âmbito da análise do conteúdo essencial dos direitos fundamentais dependerá, como ficará claro adiante, do modelo adotado – absoluto ou relativo.

8. Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 268 [tradução brasileira: p. 297].

Como será visto mais adiante, no entanto, a partir de um modelo relativo de conteúdo essencial, é possível sustentar que, embora em alguns casos nada reste de um direito fundamental – como nos exemplos acima –, mesmo assim permanece o dever de proteger tal conteúdo a partir de uma perspectiva subjetiva e individual.

Isso será analisado nos próximos tópicos, dedicados ao embate entre teorias absolutas e teorias relativas sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

5.3 Conteúdo essencial absoluto

Todas as versões das teorias que defendem a existência de um conteúdo essencial absoluto têm em comum a idéia de que, se fosse possível representar graficamente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, deveria existir um núcleo, cujos limites externos formariam uma barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possam haver em sua restrição. A definição de Jorge Miranda ilustra bem essa idéia central: "Afigura-se que para, realmente, funcionar como barreira última e efectiva contra o abuso do poder, como barreira que o legislador, seja qual for o interesse (permanente ou conjuntural) que prossiga, não deve romper, o conteúdo essencial *tem de ser entendido como um limite absoluto* correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito".[9]

Da mesma forma que já se viu quando da análise de modelos de suporte fático restrito e da teoria interna, o grande desafio de qualquer teoria absoluta sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é a definição do que pertence a esse conteúdo e do que dele deve ser excluído. Não é necessário voltar, portanto, ao debate já travado anteriormente. Aqui, pretendo apenas abordar duas variantes de modelos absolutos que muitas vezes não são devidamente diferenciadas. Há

9. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, vol. IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 341 (sem grifos no original).

autores – como Manfred Stelzer, por exemplo – que sustentam que o elemento definidor de *todas* as teorias absolutas é a "aceitação de um conteúdo mínimo ou residual de cada direito fundamental que resiste ao tempo e a todas as situações sociais".[10] Uma breve leitura de autores partidários de diferentes variantes do que aqui se chama de teoria absoluta demonstra, no entanto, que muitos deles – a maioria – não compartilham de uma definição assim tão rígida do conteúdo essencial. Pelo contrário, vários são os autores que se esforçam em sublinhar que conteúdo essencial *absoluto* não é sinônimo de conteúdo essencial *imutável*.[11] Em face das possíveis variações, parece ser recomendável seguir a proposta – feita por Claudia Drews – de distinção entre teorias absolutas *dinâmicas* e teorias absolutas *estáticas*.[12]

5.3.1 Conteúdo essencial absoluto-dinâmico

Dinâmico e absoluto é o conteúdo essencial de um direito fundamental quando, embora constitua uma área intransponível em qualquer situação, seu conteúdo pode ser modificado com a passagem do tempo.[13] A característica "absoluta" do conteúdo essencial não significa nem exige, portanto, imutabilidade. "Absoluto", nesse contexto, implica apenas que aquilo que é protegido pelo conteúdo essencial não sofre relativizações de acordo com urgências e contingências.

10. Manfred Stelzer, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Wien: Springer, 1991, p. 49. Cf. também Antonio-Luis Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 22: "O que caracteriza basicamente as teorias absolutas é (...) sustentar que existe uma determinada esfera permanente do direito fundamental que constitui o seu conteúdo essencial". Em sentido muito semelhante, mas sem referência a Martínez-Pujalte, cf. Cláudia Perotto Biagi, *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, p. 80: "A teoria absoluta (...) sustenta que existe uma determinada esfera *permanente* do direito fundamental que constitui o seu núcleo essencial" (sem grifos no original).

11. Cf., por exemplo, Georg Herbert, "Der Wesensgehalt der Grundrechte", *EuGRZ* 12 (1985), p. 334.

12. Cf. Claudia Drews, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*, Baden-Baden: Nomos, 2005, pp. 65 e 66.

13. Cf. Claudia Drews, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*, p. 65, e Georg Herbert, "Der Wesensgehalt der Grundrechte", p. 334.

5.3.2 Conteúdo essencial absoluto-estático

Há autores, contudo, que concebem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais não apenas como absolutos em sentido espacial, mas também como absolutos em sentido material-temporal. Isso quer dizer, nessa acepção do conceito, que aquilo que compõe o conteúdo essencial de um direito fundamental é não somente *intangível* – como visto acima –, mas também *imutável*. Ou seja, somente aquilo que não muda no tempo, aquilo que independa de ideologias ou da realidade social vigente, pode ser considerado como, de fato, intangível.[14]

Em um primeiro momento, uma tal concepção imutável de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais parece ser insustentável, pelo simples fato de ser pouco ou nada suscetível às alterações interpretativas que os dispositivos constitucionais exigem ao longo do tempo.[15] Diante disso, em monografia mais recente, Claudia Drews, não com poucas citações de autores salientando a exigência de adaptação do texto constitucional à realidade, rejeita a possibilidade de uma teoria absoluta e estática.[16] Segundo ela: "(...). Se a constituição deve ordenar a vida social e, com isso, a vida na realidade, e a realidade é algo em si em mutação, então, a constituição – para ser e, sobretudo, continuar aplicável – *tem que* demonstrar uma certa 'abertura e elasticidade'".[17]

Essa necessidade é salientada a todo instante, sempre sublinhando que *a constituição* deve estar apta a reagir "às rápidas mudanças da realidade", que *a constituição* e *os direitos fundamentais* devem se "adaptar às situações em mutação", que *o ordenamento constitucional* e *os direitos fundamentais* são, por fim, algo necessariamente dinâmico.[18] Diante disso, como "resultado do conflito entre uma variante

14. Cf., nesse sentido – e talvez como seu único defensor –, Werner Knüllig, *Bedeutung und Auslegung des Artikels 19 Abs. I und II des Grundgesetzes*, Kiel: Dissertation, 1954, p. 118.

15. Sobre essa exigência, cf., por todos, Oliveira Vianna, "Novos métodos de exegese constitucional", *Revista Forense* 72 (1937), p. 5.

16. Cf. Claudia Drews, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*, p. 65, e Georg Herbert, "Der Wesensgehalt der Grundrechte", pp. 137-139.

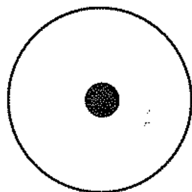
17. Idem, p. 138 (grifos no original). A expressão "abertura e elasticidade" é de Hesse (cf. Konrad Hesse, "Grenzen der Verfassungswandlung", in Horst Ehmke *et al.* (orgs.), *Festschrift für Ulrich Scheuner*, Berlin: Duncker & Humblot, 1973, p. 123).

18. Cf. Claudia Drews, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*, pp. 138-139.

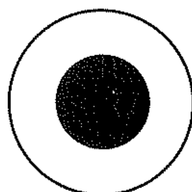
estática e uma variante dinâmica da teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais (...) deve-se dar preferência à variante dinâmica".[19]

Essa não é, contudo, uma conclusão que decorre necessariamente da premissa adotada. Não é impossível partir do pressuposto – *correto* – de que as normas constitucionais devam ser sempre interpretadas de forma a possibilitar "a 'actualização' normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência",[20] e, ao mesmo tempo, sustentar que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser algo estático. A estaticidade desse *conteúdo essencial* não impede a dinamicidade do *conteúdo total*. Ao expor a fundamentação de Claudia Drews, acima, não foi sem motivo que as referências ao caráter dinâmico *da constituição* e *dos direitos fundamentais* foram grifadas. Ora, o fato de a constituição (ou os direitos fundamentais) ser dinâmica não impediria que parte dela fosse considerada absoluta e estática. Basta, para tanto, que essa parte estática não seja demasiado ampla. Nesse sentido, uma teoria absoluta-estática pode até mesmo ser mais flexível e mais próxima das teorias relativas que uma teoria absoluta-dinâmica. Isso pode ser mais bem apreendido por meio dos dois gráficos abaixo, que apresentam, cada um, dois círculos concêntricos: o maior é o conteúdo total do direito fundamental; e o menor, o conteúdo essencial (absoluto).

***conteúdo absoluto-estático* (*mas limitado*)**



***conteúdo absoluto-dinâmico* (*mas abrangente*)**



19. Idem, p. 139. É importante ressaltar que a preferência pela variante absoluta-dinâmica, no caso de Claudia Drews, refere-se apenas à comparação com a variante absoluta-estática. Na análise geral, contudo, a autora dá preferência à teoria *relativa*.

20. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.099.

Independentemente de se saber como é definido o conteúdo do círculo menor (o conteúdo essencial), os gráficos mostram que na primeira representação, a despeito de o conteúdo essencial ser absoluto e estático – e, portanto, imutável –, grande parte do direito fundamental é passível de restrições e reinterpretações. No segundo caso, ainda que a parte central, por ser dinâmica, esteja mais apta a adaptações a novas realidades, é certo que a capacidade de conformação do legislador ordinário – ou mesmo dos particulares – é bem menor, já que a parte essencial *e absoluta* do direito fundamental ocupa um espaço maior.

Com isso não se quer dizer – claro – que a primeira das variantes deve ser preferida. Não é difícil perceber que, se invertêssemos os gráficos, teríamos – aí, sim – uma teoria absoluta-estática que, além de ter um "núcleo" de conteúdo imutável e intangível, deixa muito pouca "borda"[21] para a capacidade de conformação ordinária (do legislador ou dos particulares).

O que se quis mostrar foi simplesmente o fato de que não é somente a estaticidade ou dinamicidade na definição do conteúdo essencial o fator decisivo para se concluir pela maior ou menor possibilidade de adaptação das teorias às exigências de uma realidade cambiante. Importante é levar em consideração também, no caso de *todas* as teorias absolutas, o quanto de um direito fundamental é considerado como essencial e o quanto sobra para a conformação ordinária. Sem essa variável, qualquer conclusão pode ser precipitada.

5.3.3 Conteúdo absoluto e dignidade

Ainda que não seja o caso, como já foi mencionado acima, de se estender na análise acerca da forma de definição de um conteúdo essencial para cada direito fundamental – o que é tarefa primordial de

21. Cf., de forma crítica sobre a idéia de "núcleo" e "borda" dos direitos fundamentais, Pedro Cruz Villalón, "Derechos fundamentales y legislación", in Pedro Cruz Villalón, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 240 e ss.; do mesmo autor, "El legislador de derechos fundamentales", in Antonio López Pina (org.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Madrid: Civitas, 1991, pp. 132 e ss.

uma dogmática *específica* de cada direito, e desde que comungue dos pressupostos da teoria absoluta[22] –, há um caso específico que é necessário analisar: a *dignidade da pessoa humana*. Essa análise divide-se em dois âmbitos distintos. O primeiro deles diz respeito ao recurso à dignidade como conteúdo essencial de todos os direitos fundamentais. O segundo âmbito refere-se à posição diferenciada desse direito nos modelos que defendem um conteúdo essencial relativo. A primeira questão será tratada neste tópico; à outra será dedicado um tópico mais abaixo.[23]

Segundo Vieira de Andrade, o limite absoluto do conteúdo essencial dos direitos fundamentais – consagrado, no caso da Constituição portuguesa, no art. 18º, 3 – seria a dignidade da pessoa humana.[24] Isso porque a dignidade seria a base dos direitos fundamentais "e o princípio da sua unidade material".[25] A conseqüência dessa premissa é exposta nos seguintes termos: "Se a existência de outros princípios ou valores (inegáveis numa Constituição particularmente marcada por preocupações de carácter social) justifica que os direitos possam ser restringidos (...), a ideia do homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos, liberdades e garantias, tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição".[26]

Essa estratégia tem dois problemas principais. O primeiro deles, metodológico, reside no fato de que, caso o conteúdo essencial absoluto de todos os direitos fundamentais seja a dignidade, então, é apenas a dignidade que tem um conteúdo essencial absoluto; *todos os outros direitos teriam um conteúdo relativo*, restringível até mesmo por comple-

22. Nenhum dos dois requisitos se aplica, portanto, ao presente trabalho. Em primeiro lugar porque não é uma monografia sobre um direito fundamental específico; e, além disso, porque, como ficará claro adiante, os pressupostos deste trabalho são compatíveis apenas com um modelo relativo para o conteúdo essencial dos direitos fundamentais (cf. tópico 5.4).

23. Cf. tópico 5.4.1.

24. Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 306. Em sentido semelhante, cf. Günter Dürig, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde", *AöR* 81 (1956), p 136. Cf. também Magdalena Lorenzo Rodríguez-Armas, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Granada: Comares, 1996, pp. 157 e ss.

25. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 306.

26. Idem.

to em alguns casos concretos.[27] Uma teoria absoluta, nesses termos, aproxima-se muito de teorias relativas. O segundo problema reside no risco de uma *hipertrofia da dignidade* e da conseqüente absolutização de todos os direitos fundamentais. E esse não é um risco apenas hipotético.

Em um Estado Democrático de Direito é de se esperar que ações dos Poderes estatais – sobretudo do Poder Legislativo – que firam a dignidade humana sejam raríssimas, quase inexistentes. No Brasil, no entanto, em decorrência de uma *banalização do uso da garantia da dignidade da pessoa humana*, muitos casos de restrição a direitos fundamentais – às vezes, nem isso – tendem a ser considerados como uma afronta a essa garantia. Uma breve análise da jurisprudência do STF indica um cenário que dá indícios para a confirmação dessa hipótese. Apenas nos seis primeiros meses de 2005, *ao menos* nove decisões apontaram algum tipo de ofensa à dignidade humana.[28] Diante disso, pode-se dizer que ou a dignidade humana é, no Brasil, constantemente desrespeitada, ou tal garantia tem servido como uma espécie de enorme "guarda-chuva", embaixo do qual diversas situações, que poderiam ser resolvidas por meio do recurso a outras garantias constitucionais e até mesmo infraconstitucionais, acabam sendo amontoadas em busca de proteção. Claro que não é o caso, aqui, de ser ingênuo a ponto de pensar que no Brasil todos têm sua dignidade respeitada a todo tempo. Imaginar isso em um país em que parte considerável da população vive abaixo da linha de pobreza e que tem a quarta pior distribuição de renda em todo o Planeta[29] seria muito inocente. Mas

27. Expressamente nesse sentido: José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 307. Cf., sobre isso, tópico 5.4 e nota de rodapé 44.

28. Cf. HC 85.237, HC 84.768, HC 84.778, HC-MC 85.541, HC-MC 85.988, MS 25.399, HC 84.409, HC 82.969, HC 84.827, RE 394.820. É muito possível que existam outras; mas, como já ressaltado em outros pontos deste trabalho, o acesso à informação no STF, embora muito aperfeiçoado nos últimos anos, não é ainda plenamente confiável.

29. Segundo o *Relatório sobre Desenvolvimento Humano* do *Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento*, o Brasil tem a quarta pior relação entre os 10% mais ricos e os 10% mais pobres (*Gini Index*). A estatística completa encontra-se disponível em *http://hdr.undp.org/statistics/data/pdf/hdr04_table_14.pdf* (último acesso em 15.7.2005).

também seria uma ingenuidade pensar que é essa situação social indigna que gera o constante recurso à garantia da dignidade humana no discurso acadêmico e forense no Brasil. Não são esses casos de vida indigna que chegam aos juízes; até porque aqueles que vivem nessa situação poucas chances têm de ter acesso ao Judiciário. A inflação no uso da dignidade humana no discurso forense *não tem ligação direta com a realidade social do país*, e é um fenômeno limitado exclusivamente ao discurso jurídico.

É certo que, dos casos mencionados anteriormente, muitos são decisões em *habeas corpus*; e é fato que, no âmbito da investigação criminal, muito abuso existe e muitos são tratados de forma degradante. Mas não é a essa situação que se quer fazer menção, aqui. Há casos em que, *independentemente do conceito e da abrangência que se dê à dignidade humana* protegida pelo art. 1º, III, da CF, e independentemente da situação social do país, fica razoavelmente claro que o recurso a essa garantia constitucional era desnecessário.[30] Isso porque – e talvez essa possa ser uma *diretriz geral* –, em todos eles, vários eram os outros direitos aos quais o aplicador do direito, independentemente de uma garantia constitucional da dignidade, poderia ter recorrido. Nesse sentido, quando se recorre à dignidade da pessoa humana para garantir "o direito ao nome",[31] para decidir sobre inconstitucionalidade da transformação de taxistas autônomos em permissionários (!),[32] para refutar a instauração de inquérito[33] ou, ainda, para negar a possibilidade de exame compulsório de DNA,[34] em todos esses casos é possível dizer, sem grande chance de errar, que as mesmas decisões seriam possíveis e – o que é mais importante – mais bem fundamentadas se não se recorresse à garantia da dignidade humana.

Esse não é, contudo, um fenômeno apenas brasileiro. Em outros países a garantia da dignidade humana tem também servido como um recurso universal para a solução de problemas jurídicos que poderiam ser resolvidos com o recurso a outros direitos. É claro que se poderia dizer que, na argumentação jurídica, não é um problema o recurso ao máximo possível de argumentos na defesa de um ponto de vista. Se vários argumentos são aplicáveis, que se recorra a eles. Em muitos casos, no entanto, essa tese do "quanto mais, melhor" é equivocada. Nesse sentido, se talvez não seja um grande problema o recurso constante à garantia da dignidade por parte dos litigantes que têm o dever de defender, com o máximo de argumentos, os seus pontos de vista, o mesmo não se aplica para os juízes e para a doutrina. Isso porque, com o passar do tempo, quanto mais se recorre a um argumento sem que ele seja necessário, maior é a chance de uma banalização de seu valor. É o que vem ocorrendo com a dignidade humana. É por isso, que, de uns tempos para cá, o entusiasmo com a garantia da dignidade da pessoa humana vem dando lugar, em alguns círculos acadêmicos, a um movimento por uma certa parcimônia no recurso à proteção da dignidade. Nesse sentido é o apelo Eric Hilgendorf: "(...) o *tópos* dignidade humana vem sendo usado de forma inflacionária (...). Não poucos autoras e autores parecem encarar a dignidade humana como *passe-partout* para qualquer questão político-jurídica (...). Não é necessário subli-

30. Pelo menos na argumentação da decisão judicial. Isso significa que não se quer, aqui, analisar a forma como o recurso à dignidade humana se dá na argumentação de advogados ou de outras partes no processo. Na medida em que advogados – ao contrário dos juízes – têm um interesse a defender, é mais facilmente compreensível o recurso a todo e qualquer argumento que pareça ter algum peso. E o recurso à dignidade humana tem um apelo emocional inquestionável. Agradeço, aqui, a Otávio Yazbek por ter chamado minha atenção para essa necessária distinção entre a argumentação dos juízes e a dos advogados.

31. RE 248.869: "O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana, princípio alçado a fundamento da República Federativa do Brasil" (*DJU* 12.3.2004).

32. RE 359.444: "Sendo fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, o exame da constitucionalidade de ato normativo faz-se considerada a impossibilidade de o Diploma Maior permitir a exploração do homem pelo homem. O credenciamento de profissionais do volante para atuar na praça implica ato do administrador que atende às exigências próprias à permissão e que objetiva, em verdadeiro saneamento social, o endosso de lei viabilizadora da transformação, balizada no tempo, de taxistas auxiliares em permissionários" (*DJU* 28.5.2004).

33. HC 82.969: "A mera instauração de inquérito, quando evidente a atipicidade da conduta, constitui meio hábil a impor violação aos direitos fundamentais, em especial ao princípio da dignidade humana" (*DJU* 17.10.2003).

34. HC 71.373 (*RTJ* 165, 902 [902]): "Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos".

nhar que essa prática, freqüentemente associada a um alto grau de emotividade, é extremamente prejudicial para o prestígio da dignidade humana".[35]

5.4 Conteúdo essencial relativo

Embora a própria idéia de um conteúdo *essencial* leve intuitivamente à crença de que ele só pode ser absoluto e com contornos bem definidos, a idéia oposta, ainda que contra-intuitiva, conta também com não poucos adeptos.[36] O ponto central de toda teoria relativa consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental. Segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso.

A partir dessa idéia comum, a definição do conteúdo essencial, em uma perspectiva relativista, pode ser levada a cabo de diversas formas. Algumas mais simples, outras mais complexas. Eike von Hippel, por exemplo, sustenta que toda norma de direito fundamental vale apenas e tão-somente na medida em que ao direito que garanta não seja contraposto um interesse de maior valor.[37] Isso significa que, se um dispositivo legal restringe um direito fundamental no intuito de realizar e proteger bens jurídicos mais importantes, ele não afeta o conteúdo

35. Eric Hilgendorf, "Die Mißbrauchte Menschenwürde: Probleme des Menschenwürdetopos am Beispiel der bioethischen Diskussion", *Jahrbuch für Recht und Ethik* 7 (1999), p. 137. No mesmo sentido, cf.: Horst Dreier, "Art. 1, I", in Horst Dreier (org.), *Grundgesetz: Kommentar*, vol. I, Tübingen: Mohr, 1996, p. 129; Ulfrid Neumann, "Die Tyrannei der Würde: Argumentationstheorethische Erwägungen zum Menschenwürdeprinzip", *ARSP* 84 (1998), p. 155.

36. Sobre um balanço, na doutrina alemã, acerca dos adeptos de cada uma das teorias – francamente favorável à teoria absoluta –, cf. Claudia Drews, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*, pp. 299-300.

37. Eike von Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965, pp. 26-27.

essencial do direito restringido, mesmo que desse direito nada reste em alguns casos individuais.[38]

Embora esta seja uma tese de difícil aceitação, ela, no entanto, a despeito de seus problemas,[39] aponta para a direção correta, a ser desenvolvida adiante.

5.4.1 Conteúdo essencial relativo e proporcionalidade

A principal versão de uma teoria relativa para o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é aquela que o vincula à regra da proporcionalidade. Segundo essa versão, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é que a conseqüência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos. Ambos os conceitos – *conteúdo essencial* e *proporcionalidade* – guardam íntima relação: *restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos*.[40] É nessa característica que reside o caráter relativo da proteção ao conteúdo essencial. Isso porque a definição desse conteúdo não é baseada simplesmente na intensidade da restrição; ou seja, uma restrição não invade o conteúdo essencial simples-

38. Idem, p. 47.

39. O principal deles seria a relação unidirecional na comparação entre os direitos envolvidos: basta que um seja mais importante que o outro para justificar qualquer restrição. Além disso, há também problemas metodológicos, sobretudo aqueles relacionados à definição do que exatamente significa "direito mais importante".

40. O mesmo vale para a idéia de *concordância prática*, desenvolvida por Hesse; ou seja, a garantia de um conteúdo essencial é realizada se se garantir uma concordância prática entre os direitos envolvidos (cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, § 332, p. 140). Nesse sentido, cf., por exemplo, o Acórdão 254/1999 do Tribunal Constitucional português: "Por outro lado, a proibição de 'diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais' do n. 3 do art. 18º não se refere ao seu conteúdo à partida (*prima facie* ou *a priori*), mas ao seu conteúdo 'essencial', como resulta afinal do processo de interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais, incluindo a solução dos conflitos entre direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Quer isto dizer que a final sempre haverá circunstâncias ou pressupostos de facto em que o direito fundamental é reconhecido e que constituem o seu conteúdo essencial. *Nesta medida, a proibição da parte final do n. 3 é uma consequência do princípio da harmonização ou concordância prática dos direitos ou interesses em conflito que o Tribunal tem aplicado*" (sem grifos no original).

mente por ser uma restrição intensa. À intensidade da restrição, como já foi visto no capítulo anterior, é contraposto o grau de realização e de importância dos outros princípios envolvidos no problema. Por isso, uma restrição que possa ser considerada como leve pode, mesmo assim, segundo uma teoria relativa, ser encarada como invasão do conteúdo essencial de um direito: basta que não haja fundamentação suficiente para a restrição. Nesse sentido, *restrições não-fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas*. E restrições às vezes mais intensas podem ser consideradas constitucionais, isto é, não violadoras do conteúdo essencial.

Por isso, pode-se dizer que Jorge Miranda, ao censurar as teses relativistas, "porque confundem proporcionalidade (...) e conteúdo essencial",[41] aponta, de um lado, para um fenômeno real – a relação de identidade entre ambos os conceitos –, mas a partir de uma visão negativa, por tratar a identificação como *confusão* conceitual. Não é o que as teses relativistas fazem. Como mencionado acima, as teorias que pressupõem um conteúdo essencial relativo *identificam* esse núcleo com o produto da aplicação da regra da proporcionalidade.[42] Ou seja, tratam a essencialidade como um valor a ser respeitado no caso concreto. Se assim não fosse – ou seja, se fosse necessário distinguir os conceitos de proporcionalidade e conteúdo essencial dos direitos fundamentais –, seria necessário aceitar que restrições a direitos fundamentais, *ainda que proporcionais*, pudessem eventualmente afetar seu conteúdo essencial. Essa é uma possibilidade que parece ser pressuposta no já citado voto do Min. Celso de Mello no "caso Ellwanger". Vale a pena, mais uma vez, mencioná-lo aqui: "(...) a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, *desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, tal como adverte o magistério da doutrina".[43]

41. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, vol. IV, p. 341. Em sentido semelhante, cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 305.

42. Cf., contudo, para um exemplo de relativista que não faz essa identificação: Horst Dreier, "Art. 19, II", in Horst Dreier (org.), *Grundgesetz: Kommentar*, vol. I, Tübingen: Mohr, 1996, § 14, p. 1.088.

A partir do raciocínio que subjaz ao trecho transcrito, existiria o risco de que a "utilização do método da ponderação de bens e interesses" pudesse importar "em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais". Haveria, então, a necessidade de uma dupla garantia: em primeiro lugar, os direitos em jogo deveriam ser ponderados; mas o resultado dessa ponderação só poderia ser aceitável se respeitar a condição de não-esvaziamento do conteúdo essencial daqueles direitos. Esse raciocínio exige a análise de dois pontos importantíssimos.

(1) É possível que em casos concretos específicos, após a aplicação da proporcionalidade e de sua terceira sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento/ponderação), nada reste de um determinado direito.[44] Por mais que soe estranho e possa passar uma certa sensação de desproteção, isso apenas reflete o que ocorre em vários casos envolvendo direitos fundamentais. Quando alguém, por exemplo, tem seu sigilo telefônico devassado e suas conversas interceptadas, nada sobra desse direito fundamental. Quando se proíbe a exibição de determinado programa de televisão ou a publicação de determinada matéria jornalística também sobra pouco ou nada da liberdade de imprensa naquele caso concreto. Quando alguém é condenado a uma pena de reclusão, sua liberdade de ir e vir é aniquilada. Ou, por fim – e talvez de forma ainda mais clara –, quando alguém tem um terreno que é desapropriado, seu direito, nesse caso concreto, desaparece por completo. Em diversos casos semelhantes, por ser impossível graduar a realização de determinado direito, qualquer restrição a ele é uma restrição total ou quase total.

É claro que seria possível, nos exemplos mencionados acima, recorrer à idéia de *limite imanente*. Assim, se um livro teve sua publicação proibida, isso ocorreu provavelmente porque seu autor ou caluniou, injuriou ou difamou alguém, ou porque não respeitou a privacidade de um indivíduo ou seu direito à imagem. Nesses casos, como sempre ocorre nos casos de suporte fático restrito dos direitos funda-

43. *RTJ* 188, 858 (912) (sem grifos no original).

44. Cf., no mesmo sentido, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 269 [tradução brasileira: pp. 297-298]. Cf. também José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 307.

mentais, o argumento seria razoavelmente simples: não havia nem que se falar em respeito a um conteúdo essencial de um direito fundamental, já que não se tratava de conduta protegida por algum desses direitos. Embora seja uma estratégia possível, a conclusão necessária, aqui, seria: então, não era também o caso de recorrer à proporcionalidade ou ao sopesamento. Mas, como se viu no voto do Min. Celso de Mello, a referência é feita, em primeiro lugar, ao sopesamento (ou ponderação), e complementarmente se recorre também ao conceito de conteúdo essencial. Nesses casos, como já se viu, a estratégia do suporte fático restrito e do recurso aos limites imanentes está excluída.[45]

(2) O problema adicional criado pelo alerta presente no voto do Min. Celso de Mello – "desde que não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais" – refere-se ao método de controle desse esvaziamento e à solução para o caso em que ele se verifique. No caso do método de controle – que significa basicamente saber "quando a garantia do conteúdo essencial foi violada" –, esse é o ponto problemático de todas as teorias *absolutas* acerca desse conteúdo. A essa questão não respondida soma-se outra: supondo-se que haja uma forma de saber quando uma "ponderação de bens e interesses" importa esvaziamento do conteúdo essencial de um direito, qual deve ser, nesses casos, a conseqüência dessa conclusão? Rejeitar o sopesamento? Recorrer a outro método? Se se tratar de princípios, que método poderá ser esse?

Todas essas questões não respondidas têm uma fonte única: exigir uma dupla garantia – proporcionalidade *e* conteúdo essencial. Essa dupla exigência, que aparenta conferir um maior grau de proteção aos direitos fundamentais, é, na verdade, pelo menos a partir dos pressupostos das teorias relativas, uma redundância. E é essa redundância que gera os problemas interpretativos expostos acima.

5.4.2 Conteúdo essencial relativo e dignidade

Embora nenhum autor que defenda uma teoria relativa negue que, em determinadas circunstâncias, é possível que pouco ou nada reste

45. Cf. tópico 4.3. No mesmo sentido, cf., por todos, Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 59.

de um direito fundamental, a dignidade humana impõe um desafio a esse modelo. Seria possível aceitar que a dignidade seja também objeto de sopesamento e tenha que ceder ante eventuais circunstâncias de um caso concreto? Como forma de evitar esse problema, Alexy propõe uma estrutura diferenciada para a garantia da dignidade. Segundo ele, a dignidade seria, ao mesmo tempo, uma regra e um princípio.[46] Essa divisão corresponde, de forma quase total, à aceitação, *para o caso da dignidade humana*, da existência de um conteúdo essencial absoluto, que seria caracterizado pela "parte regra" da norma que garante esse direito. A "parte princípio" da norma que garante a dignidade, por sua vez, teria a mesma estrutura de todo e qualquer princípio, e seria, portanto, relativizável quando houvesse fundamentos suficientes para tanto.

Embora a idéia subjacente à proposta de Alexy seja defensável – ou seja, garantir uma barreira intransponível no direito que muitos consideram, com boas razões, como o direito que fundamenta todos os outros –, os problemas dessa proposta não são poucos.[47] Ao contrário, todos os problemas vistos acima,[48] quando se analisou a relação da dignidade com as teorias absolutas, valem aqui, também. Mais que isso: todos os problemas relacionados à definição do que deve fazer parte desse conteúdo absoluto, que, de uma certa forma, são semelhantes aos déficits de fundamentação da teoria interna, vistos no capítulo anterior, vêm, aqui, de novo à tona.

Para evitar todos esses problemas e, além disso, manter a coerência com os pressupostos deste trabalho, parece-me possível sustentar que também a dignidade segue os mesmos caminhos de todos os prin-

46. Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 95 e ss. [tradução brasileira: pp. 111 e ss.]. No mesmo sentido, cf. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, pp. 193-194.

47. Para um aprofundamento no debate sobre o caráter absoluto ou relativo da dignidade, cf., por exemplo: Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 124 e ss.; Michael Kloepfer, "Leben und Würde des Menschen", in Peter Badura/Horst Dreier (orgs.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen: Mohr, 2001, pp. 77 e ss.; Fabian Wittreck, "Menschenwürde und Folterverbot: Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG", *DÖV* 56 (2003): 873-882; e Martin Nettesheim, "Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßen Abwägungstopos", *AöR* 130 (2005): 71-113.

48. Cf. tópico 5.3.3.

cípios, e, portanto, tende a ter um conteúdo essencial relativo, a não ser nos casos em que *a própria Constituição*, em normas com estrutura de *regra*, defina condutas *absolutamente* vedadas nesse âmbito. A principal delas seria, sem dúvida alguma, a vedação de tortura e tratamento degradante (art. 5º, III), que impõe uma barreira intransponível – ou seja, imune a relativizações a partir de sopesamentos – no conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana.[49] Com isso, torna-se possível uma proteção efetiva e, em vários casos, absoluta da dignidade sem que seja necessário recorrer a exceções *ad hoc* ao modelo desenvolvido.

5.5 Sobre o caráter constitutivo ou declaratório das previsões constitucionais

Como mencionado no início deste trabalho, muitas das constituições promulgadas sobretudo nas duas últimas décadas, além das Constituições da Alemanha, de Portugal e da Espanha, contêm disposições acerca da proteção de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Em vista do analisado neste capítulo, pode surgir dúvida acerca do valor de tais dispositivos. A resposta a essa dúvida depende da decisão acerca do caráter absoluto ou relativo dessa garantia.

Na linha defendida neste trabalho – segundo a qual a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é uma simples decorrência do respeito à regra da proporcionalidade –, qualquer eventual dispositivo constitucional acerca da questão tem valor meramente declaratório.[50] Isso não significa, é claro, que tais dispositivos sejam desprovidos de função; mas essa função é mais simbólica que constitutiva.

A partir dessa constatação, a exigência de um respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais em países com constituições

49. Desde que tal dispositivo não seja interpretado de forma restritiva, como uma mera exigência de bons tratos apenas em dependências policiais ou similares.

50. No mesmo sentido, ainda que nem sempre com a mesma fundamentação, cf.: Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, p. 234; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, § 332, p. 140; Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 269 [tradução brasileira: p. 298]. Em sentido contrário, cf. Hartmut Jäckel, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung*, pp. 72 e ss.

– como a brasileira – que não tenham dispositivo expresso nesse sentido não carece de fundamentação extra. A simples aceitação da proporcionalidade já traz consigo a garantia de um conteúdo essencial para esses direitos.

Um argumento muito usado no sentido contrário – ou seja, pela não-identidade entre proporcionalidade e garantia do conteúdo absoluto e, por conseguinte, por um caráter não meramente declaratório desse último – é bem resumido na seguinte idéia: o teste da proporcionalidade pode rejeitar restrições ínfimas a direitos fundamentais, que estejam longe da barreira de proteção do conteúdo essencial.[51] Ou seja: "Intervenções realmente mínimas podem ser consideradas desproporcionais, sem que se chegue nem perto do conteúdo essencial".[52] É fácil perceber, aqui, que Dreier mistura a perspectiva relativa – da qual é adepto – com uma perspectiva absoluta. Se a proporcionalidade pode às vezes não coincidir com a garantia do conteúdo essencial de determinado direito, isso significa que essa garantia está sendo concebida de forma absoluta. Isso fica claro quando Dreier afirma que somente haveria identidade *nos casos de intervenções intensas, que atinjam o conteúdo essencial*. Percebe-se, aqui, que o conteúdo essencial está sendo considerado como uma grandeza fixa e absoluta, da qual uma intervenção pode se aproximar mais, ou menos. Na forma como visto acima, contudo, isso contraria as premissas das teorias relativas.[53]

51. Nesse sentido, cf. Horst Dreier, "Art. 19, II", § 14, p. 1.088.

52. Idem.

53. Diante disso, é necessário também reformular algumas posições que expressei em trabalho anterior (cf. Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *RT* 798 (2002), p. 41), nos seguintes termos: "Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional". Como se vê, esse trecho dava a entender que a garantia de um conteúdo essencial seria algo diverso do resultado do exame da proporcionalidade, o que não é o caso. Mas não todo o trecho perde seu valor, já que continua valendo a rejeição à idéia segundo a qual

5.6 Direitos sociais, conteúdo essencial e mínimo existencial

Como já se viu anteriormente, quando da definição do suporte fático dos direitos fundamentais, os direitos sociais costumam em geral exigir uma abordagem diversa daquela utilizada na compreensão das liberdades públicas. As razões para isso são claras e já foram sedimentadas.[54] Para a reconstrução de um conteúdo essencial dos direitos sociais o problema se coloca novamente. Ao contrário do que ocorre nos casos de restrições à dimensão negativa das liberdades públicas, em que o Estado, que *prima facie* deve permanecer inerte, age no sentido de restringir uma ou várias liberdades, nos casos de direitos sociais o que ocorre é o oposto: o Estado, que deveria agir para realizar esses direitos, permanece inerte. É possível utilizar para ambos os fenômenos o conceito de *restrição*, mas desde que as diferenças de sentido não sejam ignoradas.

A simples idéia de um conteúdo essencial dos direitos sociais remete automática e intuitivamente ao conceito de mínimo existencial. Essa intuição em considerar ambas as figuras como intercambiáveis ou sinônimas deve, no entanto, ser vista com cautela. Não é o caso, aqui, de fazer uma aprofundada análise do chamado *mínimo existencial*;[55] mas é preciso ter em mente, em primeiro lugar, que o conceito de mínimo existencial é usado com diversos sentidos, e pode significar: (1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais – ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial;[56] (2) aquilo que, no

desproporcional é apenas a medida que implique a não-realização de um direito ou uma restrição extrema a ele. Os termos empregados devem ser, no entanto, reconsiderados com base no defendido neste capítulo.

54. Cf. tópico 3.2.4.1.

55. Em português, cf., por todos, alguns trabalhos de Ricardo Lobo Torres, que é o principal defensor da idéia de mínimo existencial no Brasil. Cf., por exemplo: Ricardo Lobo Torres, "A cidadania multidimensional na era dos direitos", in Ricardo Lobo Torres (org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 284 e ss.; do mesmo autor, "O mínimo existencial e os direitos fundamentais", *RDA* 177 (1989): 29-49. Cf. também Ana Paula de Barcellos, "O mínimo existencial e algumas fundamentações", in Ricardo Lobo Torres (org.), *Legitimação dos direitos humanos*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 97 e ss. Cf., por fim, Volker Neumann, "Menschenwürde und Existenzminimum", *NVwZ* 14 (1995): 426-432.

56. Essa é a proposta de Ricardo Lobo Torres, "Fundamentação, conteúdo e contexto dos direitos sociais: a metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial", in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 11 e ss. Não é, como se percebe sobretudo a partir do conceito de *suporte fático amplo*, a tese aqui defendida.

âmbito dos direitos sociais, é justiciável – ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política legislativa; e (3) o mesmo que conteúdo essencial – isto é, um conceito que não tem relação necessária com a justiciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social.

Aqui, a decisão por um determinado modelo de conteúdo essencial para os direitos sociais não é – como também não foi no caso geral das liberdades – uma questão de simples escolha. Como já ficou claro ao longo deste capítulo, e ficará ainda mais no tópico seguinte, essa "escolha" é, na verdade, algo determinado pelos pressupostos fixados ao longo do trabalho. Quando se analisou o suporte fático dos direitos sociais, o resultado foi um suporte nos seguintes moldes: se x é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (DSx) e a inércia (ou insuficiência) estatal em relação a x não é fundamentada constitucionalmente (¬FC(IEx)), então, a conseqüência jurídica deve ser o dever de realizar x (Ox). O conteúdo essencial de um direito social, portanto, está intimamente ligado, a partir da teoria relativa, a um complexo de fundamentações necessárias para a justificação de eventuais não-realizações desse direito. Em outras palavras: tanto quanto qualquer outro direito, um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes.[57] O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições. Recursos a conceitos como o "mínimo existencial" ou a "reserva do possível" só fazem sentido diante desse arcabouço teórico. Ou seja, o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível.[58]

57. Aqui, mais uma vez, o conceito de *mandamento de otimização* aparece em sua inteireza. Sobre esse conceito, cf. tópico 2.2.2.

58. É possível que surja, aqui, uma sensação de desproteção aos direitos sociais, pois sua realização fica dependente da verificação das condições fáticas e jurídicas de cada situação concreta. Sobre isso, cf. tópico 6.9.3.

5.7 Resultado

Como já ficou claro no início deste capítulo, não se pretendia, aqui, expor teorias para depois fazer uma opção pela "melhor". *A opção, na verdade, já foi feita antes.* Se, na visão deste trabalho, como foi ressaltado, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é definido, a partir da relação entre diversas variáveis – e de todos os problemas que as cercam –, como o suporte fático dos direitos fundamentais (amplo ou restrito) e a relação entre os direitos e suas restrições (teorias externa ou interna), a opção fundamentada ao longo de todos os capítulos precedentes já definiu, automaticamente, a opção por um modelo de garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais: o modelo relativo, sobretudo em seu enfoque subjetivo.[59]

Se se parte da premissa segundo a qual (1) os direitos fundamentais têm um suporte fático amplo e que, por conseqüência, (2) há uma distinção entre o direito em si e o direito eventualmente restringido – que se reflete na distinção entre direitos *prima facie* e direitos definitivos –, que, por sua vez, (3) é expressa na distinção entre princípios e regras, e que, por fim, (4) a regra da proporcionalidade é a forma de controle e aplicação dos princípios como mandamentos de otimização, *então, não há espaço algum para teorias absolutas.* Em outras palavras: se a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional. Se é inimaginável considerar como constitucional uma restrição que invada o conteúdo essencial de algum direito, *então, o proporcional respeita sempre o conteúdo essencial.* O raciocínio pode ser resumido no seguinte silogismo:

. restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais;

. restrições que passem pelo teste da proporcionalidade são constitucionais;

59. E, além disso, as críticas a outros modelos acerca do conteúdo essencial dos direitos são, em geral, aquelas já analisadas nos capítulos anteriores, sobretudo aquelas referentes ao suporte fático restrito e à teoria interna.

∴ restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial.

5.8 Desenvolvimento

Além de todas as conclusões a que se chegou até agora, a compreensão dos direitos fundamentais a partir de uma teoria externa e como direitos com suporte fático amplo, cuja garantia do conteúdo essencial depende da aplicação da proporcionalidade, tem também profundas conseqüências na forma de compreensão da eficácia das normas constitucionais. Esse é o tema do capítulo seguinte.